Die
Rechtsbeziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter
nach heutigem Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hans Schroeder
Referendar in Erfurt.

Borna - Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Meiner lieben Mutter

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0046

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Allgemeine Grundsätze über Miete und Untermiete 1

§ 2. Die auf dem Mietvertrage beruhenden Rechte des Vermieters gegen den Untermieter mit Ausnahme des Rückgabeanspruches aus § 556 III 7

a) Anspruch auf den Untermietzins 7

b) Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters 8

c) Schadensersatzanspruch 10

d) Unterlassungsklage nach § 550 und Kündigungsklage nach § 553 10

§ 3. Der obligatorische Rückgabeanspruch des Vermieters nach § 556 III 12

a) Grund der Schaffung dieser Vorschrift 12

b) Juristische Konstruktion 13

c) Voraussetzungen des Anspruchs 17

d) Umfang des Anspruchs 18

e) Einwendungen des Untermieters 22

f) Sonstige sich aus seinem Vertrage ergebende Rechte des Untermieters 25

g) Prozessuale Bestimmungen 26

h) Konkursbestimmungen 30

§ 4. Außervertragliche Rechtsbeziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter 30

a) Aus dem Eigentum 30

1. Vermieter ist Eigentümer 30

2. Untermieter erlangt Eigentum 32

b) Aus dem Besitz 33

1. Rechte des Untermieters als des unmittelbaren Besitzers 33

2. Rechte des Vermieters als des mittelbaren Besitzers 34

c) Prozessuale Schlußbestimmungen 35

Literaturverzeichnis.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Archiv für bürgerliches Recht.

Arnold, Die Wohnungsmiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche mit besonderer Rücksicht auf die bisherigen Zustände in München. 1900.

Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1892.

Beer, Das Recht der Wohnungsmiete. 1903.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1903.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Borcherdt, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1899.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1902.

Brühl, Das Mietrecht. 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 1903, Bd. 2 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst 3 Anlagen. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2. 1905.

Deutsche Juristenzeitung.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1903.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Bd. 1: Das rechtswirksame Verhalten. 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903 u. 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 nebst dem Einführungsgesetze vom 18. 8. 1896 (1902).

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 1896.
Fränkel, Das Miet- und Pachtrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.
Friderici, Das neue Mietrecht zum praktischen Gebrauche für jedermann. 1900.
Fuld, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1898.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 4. Aufl. 1901.
Gerber, System des deutschen Privatrechts.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Bd. 1. 1897.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hesse, Die rechtliche Natur der Miete im deutschen bürgerlichen Recht. 1902.
Hruza, Korrealobligation und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1895.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. Lieferg. 1. Berlin 1907.
Jhering, Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Kemper.
Kantorowicz, Die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1901.
Kober in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Bes. Teil 1906 und Bd. 3: Das Sachenrecht.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1. 1906.
Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Erster Teil I bis IV. 1900.
Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Teil 2. 1899.
Landé, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 1897.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. 8. 1896. 1. Hälfte. 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1899.
Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.
Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1896.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 1. 1904.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Bd. 1. 1898.

Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1907.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnnng für das Deutsche Reich. 1890.

Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1899.

Pfleghart, Die Elektrizität als Rechtsobjekt.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2. 1898.

Raatz, Die Miete von Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1898.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. 1904.

Reatz, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1897.

Rosin, Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 2. 1902.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 1904.

Schubart, Die Untermiete nach Bürgerlichem Gesetzbuch und nach gemeinem Recht. 1900.

Schultze, Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger. 1891.

Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. 1903.

Stammler in der Festgabe der Juristischen Fakultät in der Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Heinrich Dernburg zum 4. 4. 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1897.

Warnatsch, Ist ein von dem Hauptvermieter gegen den Hauptmieter erstrittenes Räumungsurteil auch gegen den Aftermieter vollstreckbar? 1889.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 1906.

Wolf in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimrates Dr. Richard Koch. 1903.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1. Jahrg. 1905.

§ 1.

Von der Untermiete handelt im Bürgerlichen Gesetzbuche der § 549.[1]) Es heißt hier im Abs. 1: „Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiterzuvermieten". Es kommen drei verschiedene Personen bei der Untermiete in Betracht: der Vermieter, der Mieter und der Untermieter.[2]) Unsere Erörterungen sollen sich nur auf den Vermieter und Untermieter erstrecken, des Mieters wird nur insofern Erwähnung getan werden, als zum Verständnis der Betrachtungen unumgänglich nötig ist. Um die zwischen dem Vermieter und dem Untermieter bestehenden Rechtsbeziehungen richtig beurteilen zu können, bedarf es vorher einer Klarlegung der dieselben begründenden Verträge.

Der § 549 spricht in erster Linie vom Mieter und Vermieter. Der zwischen beiden bestehende Vertrag ist der Mietvertrag. Was ein solcher Mietvertrag ist, sagt das Gesetz selbst nicht, sondern es bezeichnet im § 535 nur seinen wesentlichen Inhalt.[3]) Er enthält folgende Essentialia: eine Sache, Überlassung des Gebrauchs, ein Entgelt und eine zeitliche Begrenzung der Gebrauchsüber-

---

[1]) Der Wortlaut des Paragraphen spricht von „weitervermieten". Der geläufigste Ausdruck für diese Art der Miete ist „Untermiete", doch hört man auch häufig von „Aftermiete" sprechen. Von vielen Schriftstellern, z. B. Niendorff S. 228; Oertmann S. 499 Abs. 1; Kober in Staudingers Komm. Bd. 2 S. 242, werden beide Ausdrücke nebeneinander gebraucht. Kohler Bd. 2 S. 14 spricht auch von „Nachmiete".

[2]) Diese Bezeichnungen sollen in der Arbeit der besseren Übersicht wegen beibehalten werden, wenn auch Kober a. a. O. als Terminologie die in den Mot. hervortretenden: Hauptvermieter, Hauptmieter, Untermieter (Aftermieter) empfiehlt. Vermieter ist also der erste Vermieter, sein Vertragsgegner ist der Mieter, der dann, wenn er die Mietsache an einen Dritten, den „Untermieter" weitervermietet, auch „Untervermieter" genannt wird.

[3]) Niendorff S. 1.

lassung. Es mag hier schon erwähnt werden, daß alles, was vom Mietvertrage zu sagen ist, vollständig Anwendung auch auf den Untermietvertrag findet.[1]) Aus diesem Grunde soll der Mietvertrag auch einer eingehenderen Erörterung unterzogen werden.

Miete[2]) ist also kurz gesagt: Gebrauchsüberlassung und -gewährung einer Sache auf Zeit gegen Entgelt.[3]) Unter „Sachen" sind nach § 90 BGB. nur körperliche Gegenstände zu verstehen, d. h. bewegliche oder unbewegliche,[4]) während Rechte entsprechend § 581 BGB. nur Gegenstand eines Pachtvertrages sein können.[5]) Ob die Sachen im Privateigentum stehen oder dem öffentlichen Gebrauche dienen, ist gleichgültig,[6]) ebenso auch, ob die zu vermietende Sache bereits besteht oder erst hergestellt werden soll.[7]) Natürlicherweise werden die Sachen meistens unverbrauchbare sein, z. B. Räume, jedoch sind auch verbrauchbare nach § 92 BGB. sehr wohl als Mietobjekte möglich,[8]) ebenso wie auch vertretbare nach § 91 BGB. Die Mietsache braucht dem Vermieter nicht zu gehören, ja es ist zur Gültigkeit des Mietvertrages absolut nicht erforderlich, daß der Vermieter zur

---

[1]) Kober S. 244 VIII, 1; Rosin S. 11: Der Untermietvertrag, der an sich ein reiner Mietvertrag ist, setzt natürlich einen anderen Mietvertrag begrifflich voraus.

[2]) Im Gegensatze zum röm. Recht, das unsere heutige Sachmiete, Dienstmiete und Werkverdingung unter dem einen Begriff der locatio conductio zusammenfaßte, behandelt das BGB. diese drei Verträge gesondert und verschieden; ja es macht sogar bei der Sachmiete im weiteren Sinne noch den Unterschied zwischen Miete und Pacht.

[3]) Oertmann S. 471 Nr. 1.

[4]) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 90.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 369; Kober Bd. 2 Bem. B3 zu § 535.

[6]) Niendorff S. 1 u. 2; Crome Bd. 1 S. 532; Planck Erl. 2 zu § 535; EG. z. BGB. Art. 106.

[7]) Kober Bem. Ic zu § 535; Niendorff S. 2.

[8]) Mittelstein S. 9; Planck Erl. II zu § 535: Verbrauchbare jedoch nur dann, wenn der ihrer Bestimmung entsprechende Gebrauch durch Verbrauch ausnahmsweise durch den Vertrag ausgeschlossen wird, da sonst ja Kauf vorliegen würde. So auch RG. durch Urteil v. 8. 4. 1903, DJZ. 1903 S. 297.

Überlassung der Sache befugt ist.[1]) Denn es handelt sich bei dem Mietvertrage um einen einfachen obligatorischen Vertrag,[2]) dessen Gültigkeit nicht davon abhängig ist, daß der Schuldner ein Recht an dem Gegenstande hat.[3]) Nichtig würde ein solcher Vertrag nur dann sein, wenn die Mietsache von vornherein keinem anderen überlassen werden könnte, wenn also eine absolute Unmöglichkeit der Leistung nach § 306 vorliegt.[4]) Etwas anderes ist es natürlich, ob durch einen solchen unbefugt abgeschlossenen Mietvertrag die vom Mieter beabsichtigten rechtlichen Wirkungen entstehen. Der Mieter wird immer gut tun, sich beim Abschluß des Vertrages vorzusehen; denn selbst sein guter Glaube schützt ihn nicht, wenn der Eigentümer die vom Vermieter unbefugt überlassene Mietsache zurückfordert. Nach richtiger Ansicht kann auch der Eigentümer seine eigene Sache mieten.[5]) Über die Voraussetzungen und Wirkungen eines solchen

---

[1]) Dernburg Bd. 2 S. 157; Endemann S. 1045; a. M. Fuld S. 45, der zur Gültigkeit des Mietvertrages verlangt, daß der Vermieter befugt ist, über die Mietsache zu verfügen. Die Konsequenz seiner Anschauung hat Fuld aber nicht gezogen, indem er auf S. 112 einen ohne die erforderliche Erlaubnis des Vermieters abgeschlossenen Untermietvertrag nicht für nichtig erklärt, sondern auf ihn die §§ 537—539 Anwendung finden läßt. Auch irrig, wenn Borcherdt S. 19 § 10 von einer Fähigkeit zum Abschluß von Mietverträgen spricht und Landsberg S. 442 verlangt, daß es dem Vermieter möglich ist, z. B. als Nießbraucher, dem Mieter während der Mietzeit den Gebrauch voll zu verschaffen.

[2]) Fast allgemein wird jetzt die rechtliche Natur der Miete als obligatorisch angenommen; z. B. Oertmann S. 470 Anm. 3 und Bem. zu § 571; Kober Bem. I, 8 zu § 535; Eck-Leonhard Bd. 1 S. 482; Hesse S. 1 und besonders Crome in seiner bahnbrechenden Abhandlung in Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 37 S. 1 ff. Für dinglich halten sie nur noch Cosack Bd. 2 S. 272 ff. und in Gerbers System S. 354; ferner Fuchs in Gruchot 46. Jahrg. 1902 S. 561 ff. u. S. 840 ff.; Meisner Anm. 3 zu § 571 und Scherer S. 790.

[3]) Mittelstein S. 43.

[4]) Planck Erl. II zu § 535; Cosack Bd. 1 S. 472.

[5]) Endemann S. 1045; Rosin S. 35; Haidlen S. 602; a. M. Niendorff S. 22; Kuhlenbeck in JurW. 1902 S. 353. Unserer Ansicht ist auch das RG. in einer Entsch. in Bolze Bd. 21 Nr. 420 u. 421: Es ist an sich nicht rechtlich ausgeschlossen, daß der Eigentümer seine eigene Sache als Untermieter besitzen und benutzen kann.

Mietvertrages gehen die Ansichten auseinander. Windscheid-Kipp[1]) unterscheidet, ob der Vermieter dem Eigentümer gegenüber zur Vorenthaltung berechtigt ist oder nicht. Im ersteren Falle läßt er alle Wirkungen des Mietvertrages eintreten, im letzteren kann der Eigentümer dem die Mietsache zurückfordernden Vermieter diese verweigern, indem er sein Eigentumsrecht, sofern er es beim Abschluß des Mietvertrages kannte, einwendet. Kober[2]) gibt in dem Falle, daß der Eigentümer ohne Kenntnis seines Rechtes gemietet hat, ihm das Anfechtungsrecht aus §§ 119 u. 121. Man wird mit Oertmann[3]) sagen können: Ein vom Eigentümer über seine eigene Sache als Mieter eingegangener Mietvertrag ist dann gültig, wenn dem Vermieter ein Gebrauchs-[4]) oder Besitzrecht an der Sache zusteht, oder wenn der Eigentümer dadurch den ihm faktisch entzogenen Gebrauch der Sache erlangt. Durch den Mietvertrag darf nur der Gebrauch, nicht auch die Nutzung der Mietsache überlassen werden; im letzteren Falle würde der Vertrag als Pacht nach §§ 581 ff. aufzufassen sein. Es wird oft schwierig sein, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob ein Miet- oder Pachtvertrag vorliegt. Wenn auch im wesentlichen nach § 581 Abs. 2 die Bestimmungen der Miete auf die Pacht Anwendung finden, so sind doch beträchtliche Abweichungen in der Behandlung beider Rechtsverhältnisse vorhanden. Der etwa von den Parteien gebrauchte Ausdruck „Miete“ ist für die Beurteilung des Vertrages keineswegs maßgebend,[5]) sondern man hat in erster Linie den beiderseits gewollten Vertragszweck zu prüfen.[6]) Der Vertrag ist Miete, wenn sein Hauptzweck die Überlassung des Gebrauchs ist, dagegen Pacht, wenn die Fruchtziehung hauptsächlich beabsichtigt

---

[1]) Windscheid-Kipp S. 72.

[2]) Kober Bem. BI, 2 zu § 535; ebenso Landé Bem. 3 zu § 535 und Mot. Bd. 2 S. 371.

[3]) Oertmann Anm. 1b vor § 535; Mittelstein S. 45.

[4]) So auch OLG. Augsburg im Urteil v. 6. 11. 1905, Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1. Jahrg. 1905.

[5]) Das RG. sagt in Bd. 26 S. 218: Auf die Benennung, die die Parteien ihrem Vertrage geben, kommt es hierbei gar nicht an.

[6]) Arnold in Blätter für Rechtsanwendung Bd. 63 S. 326; Dernburg S. 150; Kober Bem. I, 3a β.

wird.[1]) Der für die Gebrauchsüberlassung zu leistende Entgelt braucht nicht in barem Gelde zu bestehen,[2]) sondern es sind auch Leistungen jeder Art, besonders Dienste oder Waren[3]) möglich. Die Gebrauchsüberlassung darf nicht eine dauernde, sondern muß eine zeitliche sein, da sonst ja die Mietsache aus dem Vermögen des Vermieters ausscheiden würde. Alle diese Rechtsverhältnisse sind nun auch entsprechend bei dem Untermietvertrage vorhanden. Dieser ist ein ganz neuer selbständiger Mietvertrag zwischen dem Mieter und Untermieter.[4]) Er braucht keinesfalls dem Mietvertrage zu gleichen, ja er wird es wohl nur in den seltensten Fällen. Alles, was Gegenstand eines Mietvertrages sein kann, kann auch dem Untermietvertrage zugrunde gelegt werden. Wann ein solcher Untermietvertrag vorliegt, kann mit Rücksicht auf § 549[5]) zweifelhaft sein. Die Fassung dieses Paragraphen hat in der Literatur Anlaß zu ausführlichen Erörterungen über das Verhältnis der Untermiete zur Gebrauchszession gegeben. Der Unterschied zwischen beiden besteht

---

[1]) Arnold a. a. O. S. 326; Förster-Eccius Bd. 2 S. 176; Crome, Part. Rechtsgeschäfte S. 125; Kohler, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 404 und Brückner S. 10 Anm. 2.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 372; Niendorff S. 4 unter 3; Oertmann Anm. 3 zu § 535.

[3]) Mit Recht sagt Eck-Leonhard Bd. 1 S. 481 Anm. 3: Bei einem Portiervertrage ist es zweifelhaft, ob er nicht als Dienstvertrag mit eigenartigem Lohne oder teils als Miete, teils als Dienstvertrag zu behandeln ist. A. M. Eck vermutlich, weil er die Gewährung des Wohnraumes als den Hauptzweck ansieht. Wie Eck-Leonhard auch Meisner S. 143, 149 und Schollmeyer S. 35; Dernburg a. a. O. S. 15: Kommen bei dem Mietvertrage noch Nebenleistungen vor, wie z. B. Beköstigung, so finden auch hierauf die Regeln der Miete Anwendung, wenn es sich nach Ansicht der Beteiligten um ein einheitliches Geschäft handeln soll.

[4]) Oertmann Anm. 2 zu § 549.

[5]) Unter „Gebrauchsüberlassung“ ist mit Planck Anm. 2b zu § 549 die tatsächliche Einräumung des Gebrauchs zu verstehen, nicht wie Crome a. a. O. S. 90 und Oertmann Erl. 2 zu § 549, dem sich auch OLG. Oldenburg in Rechtspr. Bd. 1 S. 106 und Paech im Arch. a. a. O. S. 9ff. anschließen, annehmen, die Abtretung des Anspruchs des Mieters gegen den Vermieter auf Gewährung des Gebrauchs. Wie Planck auch Bruck im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 27 S. 113, der ein Dulden des Gebrauches auch ohne Übergabe schon für genügend erachtet.

darin, daß durch die Gebrauchsabtretung, deren innerer Grund sehr verschieden, z. B. Kauf sein kann, eine Zession der dem Mieter zustehenden Rechte eintritt,[1]) so daß also der Zessionar die Rechte des Mieters, besonders das Recht auf Gebrauchsgewährung nach § 535, direkt dem Vermieter gegenüber ausüben kann, während der Untermietvertrag nur die beiden Kontrahenten unter sich berechtigt und verpflichtet. Das Gesetz faßt als den allgemeinen Begriff die Gebrauchsüberlassung auf[2]) und hebt mit den Worten „insbesondere die Sache weiterzuvermieten" die Weitervermietung als den bedeutsameren Fall hervor.[3]) Für diese Ansicht sprechen auch die Worte der Protokolle,[4]) daß derjenige, der aus dem Wesen des Mietvertrages sich nicht von selbst ergebende Rechte geltend machen wolle, sich dieselben ausbedingen müsse, so daß man also in einer Gestattung der Gebrauchsüberlassung nicht etwa auch eine stillschweigende Erlaubnis zur Untermiete anzunehmen haben würde. Nicht jede Gebrauchsüberlassung ist nun gleichzeitig auch eine Überlassung des Gebrauches im Sinne des § 549. Hier wird nach richtiger Ansicht das billige Ermessen des Richters die Grenze zu ziehen haben. Zweifellos fällt nicht unter den Begriff der Gebrauchsüberlassung nach § 549 das Mitbenutzenlassen der Wohnung durch Familienangehörige und Dienstboten.[5]) Für die Begriffsbestimmung, ob Untermiete oder Gebrauchszession

---

[1]) Crome a. a. O. S. 90ff.; Oertmann Anm. 2 zu § 549.

[2]) Mittelstein S. 249; Paech im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 10ff. und Oertmann a. a. O.

[3]) Mittelstein S. 255; a. M. Crome a. a. O. S. 92, der mit Rücksicht darauf, daß die Gebrauchszession eine direkte Verbindung zwischen dem Vermieter und Zessionar entstehen läßt, diese als die wichtigere Übertragungsform ansieht. Wie Crome auch Rosin S. 10f. und Paech a. a. O. S. 11. U. E. zu Unrecht, denn die Untermiete ist auch für den praktischen Verkehr die bei weitem häufigere und wichtigere Übertragungsform.

[4]) Prot. Bd. 2 S. 183; Haidlen S. 616.

[5]) Mittelstein S. 250; Landé Anm. 2 zu § 549; Raatz Bd. 1 S. 260; Neumann Bd. 1 Anm. 2 zu § 549, da ja hier nicht der Dritte, sondern lediglich der Mieter die Sache besitzt (§§ 855, 868). Die Angehörigen usw. sind hinsichtlich der Mietsache lediglich Besitzdiener (Bruck a. a. O. S. 116).

vorliegt, ist allein maßgebend der Grund der Übertragung. Ist der Gebrauch vermietet, dann liegt Untermiete, sonst Gebrauchszession vor.

Jeder Untermietvertrag hat als erste Vorbedingung das Vorliegen eines Mietvertrages nötig. Wenn nun auch die Natur der Untermiete gerade darin besteht, nur die beiden Kontrahenten des Vertrages zu binden, den Vermieter aber unberührt zu lassen, so ergeben sich aber doch in gewisser Weise rechtliche Beziehungen zwischen dem Vermieter und Untermieter.

Diese zu untersuchen und klarzulegen, soll die Aufgabe vorliegender Arbeit sein.

§ 2.

Der § 549 spricht von einer Erlaubnis [1]) des Vermieters zur Untermiete.

Es erhebt sich hier die Frage, ist die Erteilung oder Verweigerung einer solchen Erlaubnis von irgendwelcher Bedeutung für die Beziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter? Grundsätzlich nicht. Der Vermieter will durch die Erteilung der Erlaubnis nicht etwa ausdrücken, daß ihm gegenüber an die Stelle des Mieters jetzt der Untermieter treten solle, selbst dann nicht, wenn die Untermiete in demselben Umfange erfolgt wie die Hauptmiete.[2]) Die Erteilung oder Verweigerung der Erlaubnis hat nur Bedeutung für das Verhältnis

---

[1]) Diese Erlaubnis wird von Endemann S. 1056 Anm. 18 und ähnlich von Matthiaß Bd. 1 S. 488 mit Unrecht als eine technisch nicht genau bezeichnete Einwilligung bezeichnet, für die die §§ 182 ff. Anwendung finden sollen. Gegen Endemann hat sich die gesamte Literatur erklärt, so besonders Planck Erl. 2 zu § 549; Mittelstein S. 250; Fuld S. 106 Anm. 1; Schubart S. 13; Oertmann Anm. 3 zu § 549; Kantorowicz S. 56 Anm. 1, wobei hervorgehoben wird, daß die Erlaubnis ja auf das Zustandekommen des Untermietvertrages ohne Einfluß sei und Endemanns Auffassung der Strenge und Folgerichtigkeit nicht gerecht würde, durch die das BGB. sich bei seiner gesetzgeberischen Sprache auszeichnet. Auf die sonstigen bei Planck a. a. O. ausführlich behandelten Meinungsverschiedenheiten über die Behandlung der Erlaubnis soll hier nicht näher eingegangen werden.

[2]) Fuld S. 111, 112; Arnold S. 104.

des Vermieters zum Mieter, da ja zwischen dem Vermieter und dem Untermieter kein direktes obligatorisches Band entsteht.[1]) Aus diesem Hauptprinzipe ergibt sich als erste Schlußfolgerung:

a) Der Vermieter hat keinen Anspruch auf den Untermietzins,[2]) entsprechend kann er auch keinen Bürgen, den der Mieter sich vom Untermieter hat stellen lassen, in Anspruch nehmen. Soweit natürlich der Mieter durch Zession nach §§ 398 ff. seinen Anspruch auf den Untermietzins dem Vermieter abgetreten hat, kann dieser sich auch direkt an den Untermieter halten. Sonst bleiben ihm noch die allgemeinen Mittel, die einem Gläubiger gegen einen Drittschuldner gegeben sind, z. B. die Anspruchspfändung des § 829 ZPO.[3])

b) Ferner unterliegen die vom Untermieter eines Grundstücks[4]) und nach § 580 auch eines Wohn- und anderen Raumes eingebrachten Sachen nicht dem Pfandrecht des Vermieters. Dies ist nach § 559 ganz außer Frage, denn der Text des Paragraphen spricht nur von den eingebrachten Sachen des Mieters.[5]) In den Protokollen[6]) wird als Grund der Nichtausdehnung des Vermieterpfandrechts auf die Ehefrau, Kinder und den Unter-

---

[1]) Kober Bem. IX, 1 zu § 549.

[2]) Oertmann Anm. 1b zu § 549; Rosin S. 27, 53; Raatz S. 33; Brühl S. 106; Mittelstein S. 257 ff.

[3]) Kober Bem. IX, 1a zu § 549.

[4]) Unter einem „Grundstücke" ist nach Endemann S. 234 zu verstehen: der Grund und Boden sowie alle mit ihm fest verbundenen Bestandteile eines Grundstücks, d. h. sie können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (nach § 93), sondern teilen die rechtlichen Schicksale der Hauptsache, mit der sie verbunden sind (Mittelstein S. 11). A. M. nur Brückner S. 11, der auch für Wohnhäuser die Heranziehung des § 580 verlangt. Die Vorschrift des § 580 kommt also nur zu Anwendung, wenn es sich um Stockwerke und einzelne Zimmer handelt oder um Baulichkeiten, die in Ausübung eines fremden Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten verbunden worden sind, die also nach § 95 I nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören (Oertmann Anm. 1a zu § 850; Müller-Meikel Bd. 1 S. 437).

[5]) Argumentum e contrario. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 559; Fränkel S. 36; Schubart S. 53, 54; Niendorff S. 235; v. Wilmowski S. 232 Anm. 14a u. Mot. Bd. 2 S. 404; Jaeger S. 17 Anm. γ.

[6]) Prot. Bd. 2 S. 204.

mieter angegeben: das Pfandrecht des Vermieters an den Sachen des Mieters sei eine geschichtlich überkommene Einrichtung, die nach Lage der Dinge nicht wohl beseitigt werden könne, aber auch nicht verstärkt werden dürfe. Im Gegensatz hierzu und dem Wortlaut des § 559 gibt Scherer[1]) dem Vermieter doch ein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters, indem er sagt, ein Pfandrecht kann zwar Sachen, die dem Schuldner nicht gehören, nur dann ergreifen, wenn eine gesetzliche Bestimmung es besonders verfügt. Eine solche sei aber im § 1257 enthalten, der für das gesetzliche Pfandrecht die Bestimmungen über das rechtsgeschäftliche, deren Grundsatz „Hand wahre Hand" sei, für anwendbar erklärt. Hiernach würde also das gesetzliche Pfandrecht auch die fremden Sachen ergreifen, als ob es eigene wären.[2]) Unserer Meinung nach liegt kein Grund vor, dem Vermieter dieses Pfandrecht zu geben, da er ja schon durch die nach § 549 zur Untermiete erforderliche Erlaubnis geschützt ist und außerdem sich bei deren Erteilung eine vertragsmäßige Sicherheit verschaffen kann.[3]) Die Ausdehnung des Pfandrechts auf den Untermieter würde nur eine ganz unnötige Härte sein.[4]) Der Vermieter erwirbt selbst dann an den Sachen des Untermieters kein Pfandrecht, wenn dieser in der Absicht, den Vermieter zu täuschen und sein Pfandrecht an den Sachen des Mieters zu vereiteln, dessen Sachen seine eigenen unterschiebt. Schadensersatzansprüche deswegen gegen ihn geltend zu machen, bleibt natürlich dem Vermieter unbenommen. Ein Pfandrecht an den Sachen des Untermieters erlangt er nur dann,

---

[1]) Scherer in DJZ. 1900 S. 202, 203 u. 318.

[2]) Scherer hält dieses Ergebnis mit den Anforderungen des Verkehrs für übereinstimmend, er verweist auf das rheinische Rechtsgebiet, in dem seit 1804 ohne jede Klage dieses Vermieterpfandrecht bestehe. Gegen Scherer ist übereinstimmend die gesamte Literatur. Ferner OLG. Bd. 4 S. 329, Bd. 2 S. 80 mit der Begründung, Scherer habe übersehen, daß das BGB. nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch den guten Glauben schützt.

[3]) Haidlen S. 595; Denkschr. S. 72.

[4]) A. M. besonders Bähr zu § 497: Es ist unnatürlich, daß der auf dem Grundstücke des Vermieters sitzende Untermieter diesen nichts angehe, vielmehr er hinter dem Untermieter herlaufen solle. Die von Bähr vorgeschlagene Regelung wurde abgelehnt.

wenn der Mieter ihm seine Forderung aus dem Untermietvertrage überträgt, so daß auch das nach § 559 diesem zustehende Pfandrecht nach §§ 1250, 1257 mitübergeht.[1])

c) Es fragt sich ferner, wie der Vermieter dem vom Untermieter verursachten Schaden auf Grund des Mietverhältnisses gegenübersteht. Auch hier besteht wieder mangels eines besonderen direkten obligatorischen Bandes kein direkter Anspruch. Es macht einen Unterschied, ob der Vermieter dem Mieter die Erlaubnis zur Weitervermietung erteilt hat oder nicht.[2]) In beiden Fällen kann er sich nach § 549 Abs. 2 nur an den Mieter halten. Dieser haftet ihm in allen Fällen für ein dem Dritten beim Gebrauch der Sache zur Last fallendes Verschulden, wie wenn es sein eigenes wäre, gemäß §§ 276ff., besonders § 278. Bei nicht gestatteter Untermiete haftet er außerdem für jeden vom Untermieter verursachten Schaden, sofern er nicht beweisen kann, daß der Schaden auch ohne die Überlassung entstanden und vom Untermieter nicht zu vertreten gewesen wäre.[3]) In allen diesen unter a—c erwähnten Fällen kann also der Vermieter nicht direkt den Untermieter treffen, wohl aber durch die Person des Mieters, da dieser sich für den ihm durch die Inanspruchnahme seitens des Vermieters entstandenen Schaden seinerseits nun an seinen Vertragsgegner, den Untermieter, halten wird.

d) Auch durch das ihm in §§ 550 u. 553 gewährte Recht ist der Vermieter nicht imstande, den Untermieter direkt zu treffen. Nach § 550 kann er, wenn der Mieter von der Miet-

---

[1]) Niendorff S. 235; JurW. 1893 S. 146, 41.

[2]) Da die Erlaubnis nach richtiger Ansicht ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist (Planck Anm. 2 zu § 549; Oertmann Anm. 3 zu § 549), kann sie wirksam nur dem Mieter, nicht aber auch dem Dritten gegenüber erklärt werden. Sie kann auch stillschweigend selbständiger Vertragsinhalt sein, wie es z. B. häufig bei den in Leipzig gebräuchlichen Meßvermietungen der Fall ist (Beer S. 47; RG. Bd. 37 S. 354). A. M. ist Neumann Anm. 3 zu § 549, der die Erlaubnis nicht für empfangsbedürftig hält und nur verlangt, daß sie in einer für die Außenwelt wahrnehmbaren Art erklärt wird.

[3]) Niendorff S. 223; Mittelstein S. 250; Borcherdt S. 97 § 43, Mot. Bd. 2 S. 397.

sache einen vertragswidrigen Gebrauch[1]) macht, nach erfolgloser Abmahnung auf Unterlassung klagen.[2])

Das im § 553 vorgesehene Kündigungsrecht des Vermieters besagt, daß er dem Mieter fristlos kündigen kann, wenn dieser oder der Untermieter einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache trotz Abmahnung fortsetzt, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt. Nur Planck und Kipp[3]) lassen in diesem Falle eine direkte Verbindung zwischen dem Vermieter und dem Untermieter entstehen, indem sie aus dem Wortlaute des Paragraphen „ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters" folgern, diese Abmahnung müsse, um die beabsichtigte und im Gesetz vorgesehene Wirkung zu haben, sich direkt an den, der den vertragswidrigen Gebrauch ausübt, richten, nicht aber nur an den Mieter, wie wir mit der herrschenden Meinung annehmen.[4]) Erst jetzt auf Grund der durch die fristlose Kündigung erfolgten Beendigung des Mietverhältnisses[5]) kann der

---

[1]) Ein vertragswidriger Gebrauch des Untermieters liegt vor, wenn er über die dem Mieter durch seinen Vertrag gestatteten Grenzen hinausgeht, und zwar so, daß er direkt in die Interessensphäre des Vermieters eingreift. Ist die Untermiete vom Vermieter nicht erlaubt, so liegt schon in der Überlassung der Mietsache an den Untermieter für den Mieter ein vertragswidriger Gebrauch vor (Planck a. a. O.).

[2]) Oertmanns Ansicht Anm. 1b zu § 553, daß auch das Benehmen des Dritten dem Vermieter die Klage aus § 550 verleihe, ist mit Kober Anm. IV zu § 550 abzulehnen, da ja kein direktes Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Untermieter besteht und kein Grund ersichtlich ist, weshalb man § 553 analog auf § 550 anwenden sollte.

[3]) Planck Anm. 1b zu § 553; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 691.

[4]) Mittelstein S. 140 Anm. 12; Kober Erl. II, 3a zu § 553; Oertmann Anm. 2 zu § 553 gegen seine frühere Meinung; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 § 221 I, 3.

[5]) Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Berechtigte unmittelbar auf den Bestand des Schuldverhältnisses einwirkt (Endemann S. 775). Falsch ist die Ansicht von Fuld S. 109, 110 und Borcherdt S. 63, die annehmen, daß schon durch die Beendigung des Mietverhältnisses auch das Untermietverhältnis mit erlösche. Dagegen z. B. Mittelstein S. 67 Anm. 15; Landé Anm. 5 zu § 556 III und Mot. Bd. 2 S. 397: Es ist nicht abzusehen, weshalb das Ende der Miete das obligatorische Recht des Untermieters gegen den Hauptmieter auf Gebrauchsgewährung ändern soll.

Vermieter nach § 556 I vom Mieter und nach § 556 III auch direkt vom Untermieter Rückgabe der Mietsache verlangen.

§ 3.

a) Der Abs. 3 des § 556, der ja von der allgemeinen Vorschrift des § 241 Satz 1 eine wichtige Ausnahmevorschrift geschaffen hat, ist für unser heutiges Wirtschaftsleben, bei dem ja, besonders in den größeren Städten, die Untermiete eine bedeutende Rolle spielt, von einschneidender Wichtigkeit für das Rechtsverhältnis zwischem dem Vermieter und Untermieter. Die Schaffung dieses direkten Rückgabeanspruches gegen den Untermieter und jeden Dritten, dem der Mieter den Gebrauch der Mietsache überlassen hat, ist zum Schutze des Vermieters erfolgt. Der Grundgedanke beruht in der inneren Natur der Miete. Denn die Miete ist gerade ein Schuldverhältnis, bei dem im Gegensatz zu den meisten anderen Vertragsgeschäften nicht allein die Solvenz des Gegners,[1]) sondern auch das gegenseitige Kennen und Vertrauen seitens der Parteien von großer Erheblichkeit ist, und zwar ohne Unterschied, ob die Mietsache eine bewegliche oder unbewegliche ist.[2]) Daß die Gewährung des Gebrauchs an einen anderen als den Mieter — mag in den persönlichen Eigenschaften und sonstigen Verhältnissen der beiden auch eine noch so große Verschiedenheit bestehen — die Leistung inhaltlich zu einer anderen im Sinne des § 399 mache, soll hiermit nicht gesagt sein.

Die Einführung des § 556 III ist aus praktischen Gründen geschehen, da die dem Vermieter ohne diese Vorschrift zustehenden Mittel zur schnellen Rückerlangung seiner Mietsache von einem Dritten sich nicht als ausreichend erwiesen. Nach den Protokollen[3]) könnte er entweder als Eigentümer oder auf Grund eines anderen dinglichen Rechtes die Rückgabe von jedem Dritten verlangen, oder aber er müßte sich vom Mieter

---

[1]) Paech im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 10.

[2]) Wer möchte z. B. ein wertvolles Reitpferd an einen des Reitens Unkundigen vermieten oder eine Prostituierte als Mieterin in einem besseren Hause aufnehmen?

[3]) Prot. Bd. 2 S. 190.

dessen Anspruch abtreten respektive nach § 772 ZPO. überweisen lassen, wobei man jedoch berücksichtigen müsse: Voraussetzung hierfür sei, daß der Mieter selbst befugt sei, die Sache vom Untermieter zurückzufordern. Wie aber, wenn z. B. das Untermietverhältnis noch weiter läuft? Hier wäre der Vermieter, der sich nicht auf ein dingliches Recht stützen kann, vollständig machtlos. Deshalb, da ja ein solches Ergebnis der Natur des Untermietverhältnisses, das als durchaus abhängig vom Bestande des Mietverhältnisses aufzufassen ist, widerstreitet, war es erforderlich, dem Vermieter den direkten Rückgabeanspruch unter Durchbrechung des allgemeinen Prinzipes, zwischen diesen beiden Personen kein direktes Band entstehen zu lassen, zu geben.

b) Die juristische Konstruktion dieses Anspruches hat man der Entscheidung durch die Wissenschaft überlassen.[1]) Die Wichtigkeit einer solchen Konstruktion beruht darin, daß sich aus ihr die dem Dritten gegen die Geltendmachung des Anspruches zustehenden Einwendungen ergeben. Die Wissenschaft hat in vielfacher Weise versucht, den Anspruch juristisch zu konstruieren, ohne daß es bis jetzt gelungen wäre, eine Einigung oder wenigstens doch eine von der überwiegenden Mehrheit anerkannte Meinung zu erzielen.

Von einigen[2]) wird der Besitz zugrunde gelegt. Nach Kober[3]) ist der Anspruch als eine Art Besitzklage aufzufassen, indem der Untermieter durch Wohnenbleiben nach Beendigung des Mietverhältnisses sich einer Besitzentziehung, gewissermaßen durch verbotene Eigenmacht, schuldig mache.[4])

Hellwig[5]) will den Anspruch als den des mittelbaren Besitzers nach § 1006 III im Sinne einer deutschrechtlichen Mobiliar-

---

[1]) Prot. a. a. O.

[2]) Kober, Hellwig, Fuld, Friderici.

[3]) Kober Anm. III, 3 zu § 556.

[4]) Ähnlich sagt Fuld S. 109: Nach Verurteilung des Mieters zur Räumung mache sich der Untermieter durch weiteres Innehaben einer unberechtigten Besitzstörung schuldig, und Friderici S. 45: Untermieter ist als eine Person anzusehen, die unberechtigt in das Haus des Vermieters eingedrungen ist.

[5]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 421 ff.

vindikation aufgefaßt wissen, da der Kläger mittelbarer Besitzer der Sache und diese ihm von seinem Besitzmittler, dem Beklagten, überlassen sei.

Gegen diese Erklärungen spricht in erster Linie die Stellung der Vorschrift im 2. Buche des Bürgerlichen Gesetzbuches anstatt im Sachenrecht. Ferner ist aber auch die kurze Verjährungszeit des § 864 für den § 556 nicht gegeben. Gegen Hellwig läßt sich weiter noch einwenden, daß der § 556 III auch für den Vermieter einer unbeweglichen Sache gilt, während § 1006 III eine Eigentumsvermutung nur für den Besitzer beweglicher Sachen aufstellt. Hellwigs Ansicht würde zu dem unhaltbaren Ergebnis führen, daß der Eigentümer einer unbeweglichen Sache, der diese vom Untermieter zurückverlangt, sein Eigentumsrecht beweisen müßte, sofern er nicht im Grundbuche eingetragen ist, während für den Eigentümer einer beweglichen Sache die Vermutung des § 1006 III spräche.[1])

Zu einer Besitzstörungsklage kommt im Ergebnis auch Nissen,[2]) der dem Anspruche zwei Tatbestandsmerkmale zugrunde legt: 1. die Gebrauchsüberlassung an den Dritten und 2. die nach der Beendigung des Mietverhältnisses von dem Dritten trotz erfolgter Aufforderung verweigerte Rückgabe der Mietsache, wobei Nissen übersieht, daß ein Schuldverhältnis nur von dem Schuldner, nicht aber von einem Dritten verletzt werden kann.[3])

Von anderer Seite wird angenommen, man habe es mit einer actio utilis[4]) oder einer actio in rem scripta[5]) zu tun. Hiergegen spricht besonders,[6]) abgesehen davon, daß die Begriffe

---

[1]) Gegen die Annahme einer Besitzklage haben sich hauptsächlich erklärt Oertmann Anm. 3 zu § 556; Planck Anm. 3 zu § 556; Romeick Bd. 2 S. 14ff.; Mittelstein S. 259; Rosin S. 80, 81.

[2]) Nissen in JurW. 1903 S. 202.

[3]) Oertmann a. a. O.

[4]) Stammler (Hallenser Festgaben) S. 45.

[5]) Dernburg Bd. 2 S. 169; Eck-Leonhard Bd. 1 S. 486; Brückner S. 101 Anm. 2; Niendorff S. 224; Kohler Bd. 1 S. 13, 14, der hierfür den Ausdruck „überspringendes Schuldverhältnis“ gebraucht.

[6]) Oertmann a. a. O.; Mittelstein S. 259; Romeick Bd. 2 S. 30.

selbst noch der Klärung bedürfen, der Umstand, daß die Klage nicht gegen jeden Dritten geht, sondern nur gegen den, dem der Mieter den Gebrauch überlassen hat.

Es bleibt somit nur noch die Annahme einer vertragsmäßigen Natur des Anspruches übrig.

Die von Mittelstein und Borcherdt entsprechend der Denkschrift[1]) angenommene Konstruktion: „die Klage sei aus dem Vertrage des Vermieters entsprungen", sagt nichts, da hier ja gerade die gesuchte Erklärung fehlt, inwiefern nämlich der dem Mietvertrage doch gänzlich fernstehende Untermieter ohne weiteres aus diesem Vertrage auf Rückgabe der Sache haften solle. Ebensowenig besagt es, wenn Endemann[2]) von einem gegen Dritte wirkenden Forderungsrechte spricht. Der Gedanke einer gesetzlichen Zession seitens des Mieters auf den Vermieter ist schon aus dem Grunde abzulehnen, weil bei dieser Annahme der Vermieter entgegen § 556 I u. III Rückgabe vom Untermieter erst nach der Beendigung des Untermietverhältnisses verlangen könnte.

Neumann[3]) spricht von einer Singularsukzession, die vom Gesetze dem persönlichen Schuldverhältnisse beigelegt ist. Das Gesetz bietet für diese Annahme absolut keinen Anhalt. Mit Recht hebt Romeick[4]) gegen Neumann die Worte Kohlers[5]) hervor: „Man solle die Rechtsnachfolge, wo man ihrer nicht bedürfe, entbehren. Denn sie sei ein, häufig Unklarheit schaffendes und stets die Mängel des einen auf das andere übertragendes, Element".

Die von Oertmann[6]) und Romeick[7]) versuchten Konstruktionen kommen im Resultat sich sehr nahe, trotzdem Romeick Oertmanns Ansicht heftig bekämpft. Oertmann spricht von einer gesetzlichen (notwendigen) Schuldübernahme,

---

[1]) Mittelstein a. a. O.; Borcherdt S. 97; Denkschr. S. 106.
[2]) Endemann S. 1057.
[3]) Neumann Anm. I zu § 556 S. 256 u. 129.
[4]) Romeick S. 26.
[5]) Kohler (12 Studien) S. 335.
[6]) Oertmann Anm. 3 $\beta\beta$ zu § 556.
[7]) Romeick S. 24ff.

Romeick von einer „abgeleiteten Schuld“ nach Art der alten actio quod metus causa gegen den, qui ex hac re lucrum sensit. Oertmann läßt den Untermieter durch den Abschluß seines Vertrages neben den Mieter in die Rückgabepflicht desselben eintreten kraft gesetzlicher Schuldübernahme. Derselben Auffassung ist auch Schubart,[1]) der aber diese Verpflichtung erst durch die Überlassung des Gebrauches entstehen läßt. Diese Konstruktion nennt Romeick eine gezwungene gegenüber dem natürlichen Sachverhalte und dem Willen der Überlassungsparteien. Mit ihm läßt sich besonders das Fehlen eines Übernahmewillens seitens des Untermieters einwenden, ferner der Umfang der übernommenen Pflicht. Denn der Mieter haftet bei der Rückgabe für Verschlechterungen und Unmöglichkeit. Bei kumulativer Schuldübernahme würde der Untermieter ebenso haften müssen. Dies will selbst Oertmann nicht; es würde ja auch weit über den durch § 556 III beabsichtigten Schutz des Vermieters hinausgehen. Man beachte auch die Verschiedenheit des Textes der beiden Absätze des § 556. Im Abs. 1 heißt es: „Mieter ist verpflichtet, zurückzugeben“, während der Abs. 3 nur sagt: „Der Vermieter kann zurückfordern“. Ebensowenig befriedigt aber aus denselben Gründen Romeicks Konstruktion von der eigenen ursprünglichen Verpflichtung des Dritten, die sich aber nur auf die Rückgabe erstrecken soll.

Unserer Meinung nach ist die von Planck,[2]) dem im Resultat auch Schollmeyer[3]) beipflichtet, gefundene Konstruktion die natürlichste und am meisten befriedigende. Im Gegensatz zu seiner früheren Auflage, in der er von einer actio in rem scripta sprach, nimmt Planck jetzt ein Gesamtschuldverhältnis an. Er geht davon aus, daß die Grundlage unstreitig der Mietvertrag bilde. Aus dem positiven Gesetzestexte gehe nun hervor, daß sowohl der Mieter wie der Untermieter, dem

---

[1]) Schubart S. 46. Ferner wie Oertmann auch Kantorowicz S. 68, 69; Fuld S. 81; Matthiaß S. 490: „gesetzlicher Schuldübergang“. Stammler S. 210 Anm. 3: „ein eigentümlicher Fall einer gesetzlichen Schuldübernahme“ und Rosin S. 79.

[2]) Planck Anm. 3c zu § 556.

[3]) Schollmeyer S. 66.

dieser den Gebrauch überlassen habe, zur Rückgabe verpflichtet sei. Durch diese auf Gründen des praktischen Verkehrs beruhende Gesetzesvorschrift haften beide als Schuldner einer unteilbaren Leistung, nach § 431 als Gesamtschuldner.[1]) Scholl-meyer spricht von einer gesetzlichen Gesamtschuld, die darauf beruhe, daß der Dritte sein Recht zum Besitz vom Mieter ableite und deren Inhalt nur diese Rückgabepflicht sei.

c) Man mag den Anspruch nun auffassen wie man will, jedenfalls wird zu seiner Begründung immer erforderlich sein[2]):

1. Es muß hinsichtlich der vom Vermieter zurückgeforderten Sache ein Mietverhältnis zwischen ihm und dem bestehen, von dem der Dritte die Sache erhalten hat, da sich ja der Anspruch auf den Mietvertrag gründet, also ein Ausfluß der dem Vermieter aus diesem zustehenden Rechte ist.

2. Dieses Mietverhältnis muß beendet sein,[3]) gleichgültig auf welche Art, sei es durch Zeitablauf des Vertrages nach § 564 oder durch Kündigung nach §§ 565, 553 oder auf andere Weise. Als nicht beendet ist es in dem Falle anzusehen, daß eine Kündigung nach § 117 in beiderseitigem Einverständnis erfolgte, also nur zum Schein. Denn in diesem Falle ist die Kündigung nichtig, der Mietvertrag bleibt bestehen.[4]) Daß das Untermietverhältnis gleichzeitig beendet wird, ist nicht erforderlich, da sich der Anspruch des Vermieters nur auf seinen Vertrag stützt. Nissen a. a. O. sieht — offenbar zu Unrecht — nicht in der Beendigung des Mietverhältnisses, sondern erst in der Aufforderung zur Rückgabe dieses Tatbestandsmerkmal des Anspruchs. Nach ihm würde also der Anspruch schon mit dem Abschluß des Gebrauchsüberlassungsvertrages entstanden sein,

---

[1]) Hruza S. 55 macht einen Unterschied, ob eine teilbare oder unteilbare Leistung geschuldet wird. Bei unteilbarer nimmt er ein Gesamtschuldverhältnis nach § 431 an, bei teilbarer Leistung eine geteilte Schuld.

[2]) Planck a. a. O. Erl. 3b; Rappaport S. 419.

[3]) Oertmann a. a. O. Anm. 3aα. A. M. ist Niendorff S. 225, der für den Fall, daß der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters dem Untermieter die Sache überlassen hat, annimmt, der Dritte sei auch ohne die Beendigung des Mietverhältnisses zur Rückgabe verpflichtet.

[4]) Niendorff S. 223.

der Untermieter hätte dann schon von diesem Zeitpunkte an die Haftung, die nach § 549 Abs. 2 der Mieter für ihn hat.

3. Schließlich muß dem Dritten vom Mieter der Gebrauch der Sache überlassen worden sein. Es genügt nicht, daß sich der Dritte im Besitz der Sache befindet, sei es, daß er ihn auf andere Weise, z. B. als Verwahrer vom Mieter erlangt hat, oder sei es, daß er ihn überhaupt nicht von diesem, sondern von jemand anders erhalten. Logischerweise wird man aus Gründen des praktischen Verkehrs und im Hinblick auf § 553 den Anspruch des Vermieters auch ausdehnen müssen auf jeden Vierten usw., der in derselben Weise wie der Dritte vom Mieter seinerseits von jenem die Sache zum Gebrauch erhalten hat, bis diese Reihe unterbrochen wird dadurch, daß die Weitergabe zu einem anderen Zwecke als der Gebrauchsüberlassung erfolgt oder ein unfreiwilliger Verlust der Sache eintritt.[1])

d) Unter diesen drei Voraussetzungen besteht also der direkte Rückgabeanspruch des Vermieters. Der Wortlaut des Gesetzes sagt: „Der Vermieter kann die Sache auch von dem Dritten zurückfordern", während der § 556 Abs. 1 bestimmt, daß der Mieter verpflichtet ist, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben. Festzustellen ist einmal, daß das im Abs. 3 gebrauchte Wörtchen „auch" zweifellos besagt: Vermieter kann die Mietsache zwar direkt vom Untermieter zurückverlangen, aber keinesfalls unter für ihn günstigeren Umständen als vom Mieter.[2]) Denn der Abs. 3 bildet immerhin eine Ausnahmevorschrift von der allgemeinen Bestimmung des § 241 Satz 1, und der Vermieter hat in erster Linie und hauptsächlich nur Ansprüche gegen seinen Mieter. Gibt ihm nun das Gesetz zur Erhöhung seines Schutzes noch ein weiteres Ausnahmerecht, indem es ihm einen, mit ihm sonst gar nicht in vertraglichen Beziehungen stehenden, Dritten verpflichtet, so ist es offensichtlich und entspricht nur Treu und Glauben, daß dieser neue Anspruch nicht weitergehend sein kann als der

---

[1]) Planck Anm. 3bγ zu § 556; Schollmeyer S. 66f.; Nissen a. a. O. S. 201ff.

[2]) Oertmann Anm. 3b zu § 556.

dem direkten Vertragsverhältnisse entspringende.[1]) Die Verpflichtung des Dritten zur Herausgabe kann also höchstens der des Mieters gleichkommen, niemals aber sie übersteigen.

Man wird hiernach zu sagen haben, daß der Untermieter wie auch der Mieter im Augenblicke der Rückgabeverpflichtung nur für den Zustand der Sache haften, in dem sie sich zur Zeit der Beendigung des Mietverhältnisses befindet.[2]) Daß die Haftung des Mieters eine weitergehende als die des Untermieters sein soll, geht schon daraus hervor, daß der Abs. 1 von einer Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe spricht, d. h. also, durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Mieter schon mit der Übergabe der Sache, diese nach Beendigung des Vertrages zurückzugeben.[3]) Dieser Verpflichtung hat er ohne Rücksicht darauf, ob er nachher hierzu imstande ist, zu genügen. Dagegen bestimmt der Abs. 3 lediglich, daß der Vermieter nach der Beendigung des Mietverhältnisses die Sache auch von dem Dritten zurückverlangen kann.[4]) Der Sinn der Vorschrift besagt also, daß der Anspruch nicht schon mit der Beendigung des Mietverhältnisses fällig ist, sondern daß er gegen den Untermieter erst in diesem Augenblicke entsteht und sich infolgedessen auch nur gegen den Dritten richten kann, der zu dieser Zeit in der Lage ist, die Sache herauszugeben.[5]) Der Wert der Sache kann dem Untermieter aus § 556 III nicht abverlangt werden.[6])

Mit unserer Meinung stimmt es auch überein, wenn Oert-

---

[1]) Stammler (Festgaben) S. 136: Der Vermieter kann gegen den Untermieter unmöglich ein stärkeres und freieres Recht haben als gegen seinen ersten Mieter, wenn er von jenem die Sache kraft eigenen obligatorischen Rechts zurückfordert.

[2]) A. M. ist das KG. in einem Urteile v. 6. 2. 1905 (Rechtspr. Bd. 10 S. 255), in dem es ausführt, der Mieter habe dafür einzustehen, daß sich in jenem Zeitpunkte der Rückgewähr die Mietsache in vertragsmäßigem Zustande befinde.

[3]) Planck Anm. 3b δ zu § 556.

[4]) A. M. Romeick S. 30, der den Untermieter, der schuldhaft die Sache nicht mehr zurückgeben kann, genau wie den Mieter auf Schadensersatz haften läßt.

[5]) Planck a. a. O.; anders Hruza S. 55.

[6]) Nissen a. a. O.

mann[1]) sagt, daß der Untermieter, der vor der Geltendmachung des Anspruches durch den Vermieter die Mietsache dem Mieter schon zurückgegeben hat, dem Vermieter nicht mehr hafte auf Grund bestehender schuldloser Unmöglichkeit der Leistung.

Bei der Rückgabe wird der Untermieter regelmäßig dem Vermieter den unmittelbaren Besitz wieder zu verschaffen haben. Diese Wiedereinräumung wird für den wichtigsten Fall, die Grundstücksmiete, durch Entfernung der eingebrachten Sachen des Untermieters und Rückgabe der Schlüssel der Wohnung erfolgen.[2]) Hierbei sind nicht nur die erhaltenen, sondern auch die etwa selbst beschafften Schlüssel mitauszuhändigen. Für den Fall, daß er hierzu außerstande ist, würde der Untermieter nach den allgemeinen Grundsätzen haftbar sein, besonders für die Kosten einer etwaigen Änderung der Schlösser der Wohnung. Mit der Übergabe ist auch das Recht des Untermieters an der Sache erloschen. Nach allgemeiner Ansicht ist er nicht mehr berechtigt, an seiner früheren Wohnung Plakate anzubringen zur Bekanntmachung seiner neuen Wohnung, dagegen wird man ihm dieses Recht, in mäßiger Weise ausgeübt, kurze Zeit vor seinem Auszuge zubilligen müssen.

Der Untermieter hat mit herauszugeben das Zubehör und alle Akzessionen.[3])

Ob die Rückgabe als eine Hol- oder Bringschuld anzusehen ist, ist nur bei der Mobiliarmiete von Bedeutung. Mit Rücksicht auf § 697 spricht die Vermutung — argumentum e contrario — für eine Bringschuld, doch wird man Pfleghart[4]) nicht

---

[1]) Oertmann Erl. 3b δ zu § 556. Während er den Schuldner schon aus dem Grunde von der Haftung befreit, weil nach dem Wortlaute des Gesetzes in diesem Falle von einer Überlassung nicht mehr die Rede sein kann, ist Hruza (S. 55) der Ansicht, daß der Wortlaut zwar für die Haftung des Dritten spricht, aber daß nur der Dritte vernünftigerweise haftbar sein könne, der die Sache noch hat. Stammler (Festgaben S. 135) spricht beim Berühren dieser Frage auch von der Befreiung des Schuldners wegen schuldloser Unmöglichkeit. Unserer Meinung nach ist nach der Rückgabe seitens des Dritten an den Mieter von einer Überlassung im Sinne des Gesetzes nicht mehr die Rede.

[2]) Rechtspr. Bd. 5 S. 371.

[3]) Oertmann S. 508 Erl. 1c.

[4]) Pfleghart S. 396.

zustimmen können, der immer eine Bringschuld annimmt. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß infolge erforderlicher besonderer Tätigkeit des Vermieters dieser verpflichtet ist, sich die Sache zu holen.

Nach der Beendigung des Mietverhältnisses hat der Untermieter jede Verletzung der Rückgabepflicht zu vertreten, und zwar nicht erst in dem Augenblicke, in dem er in Verzug kommt oder der Anspruch schon rechtshängig geworden ist.[1])

Die vom Untermieter zu vertretende Sorgfalt kann natürlich, da ja der § 556 III eine Ausnahmevorschrift ist, nicht größer sein als die, zu der er sich durch den Untermietvertrag verpflichtet hat, sie wird sogar für den Fall, daß die Sorgfalt, zu der der Mieter dem Vermieter verpflichtet ist, geringer ist, nur dieser gleichen.[2])

Mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruches hat der Untermieter auch für sein Unvermögen nach § 292 einzustehen; ist er schon vor diesem Zeitpunkte mit der Rückgabe im Verzuge, so beginnt seine Haftung schon von dem Augenblicke des Verzuges an.

Soweit der Untermieter dem Vermieter für Vorenthaltung der Sache haftet, hat er ihm entsprechend der Verpflichtung des Mieters nach § 557 den vereinbarten Mietzins zu zahlen. Man hat dieses Recht des Vermieters, Zahlung verlangen zu können, entgegen der von Romeick[3]) vertretenen Meinung nicht als eine über den direkten Rückforderungsanspruch des § 556 III hinausgehende weitere Verbindlichkeit des Untermieters aufzufassen, sondern nur als den Ausfluß der Rückgabepflicht. Denn

---

[1]) Nissen a. a. O. Note 4 läßt für diese Verpflichtung den Empfang der Rückgabeaufforderung maßgebend sein, während nach Romeick a. a. O. der Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung entscheidet.

[2]) Zu Unrecht läßt Nissen S. 203 Anm. 4 den Mietvertrag auch für die vom Untermieter zu vertretende Sorgfalt maßgebend sein; ebenso noch Romeick S. 31, da ja gegen dessen Verletzung sich die in Rede stehende Klage richte und das interne Verhältnis zwischen Dritten und Mieter den Vermieter nichts angehe.

[3]) Romeick S. 30, der von einer eigenen ursprünglichen obligatorischen Verpflichtung des Dritten zur Rückgabe spricht, aber ausdrücklich hervorhebt „nur zur Rückgabe".

dieses Recht will ja nicht das Mietverhältnis über seine ursprüngliche Dauer hinaus verlängert sehen, sondern es will nur eine bestimmte Festsetzung des für die Versäumung der Rückgabe zu leistenden Ersatzes treffen. Aus diesem Grunde wird man unbedenklich diesen für den ersten Vertrag hinsichtlich der Ersatzpflicht des Mieters festgesetzten Maßstab auch dem Dritten gegenüber wirken lassen müssen.[1])

Der Rückgabeanspruch unterliegt natürlich auch den allgemeinen Grundsätzen der §§ 226—242,[2]) d. h. er darf nicht lediglich aus Schikane ausgeübt werden. Die Grundsätze aus Treu und Glauben finden volle Anwendung auf ihn.[3]) So würde z. B. die Geltendmachung unzulässig sein, wenn der Untermieter ein kranker Mann ist, dem das Verlassen der Wohnung event. zum Tode gereichen kann, und der Vermieter für die Wohnung noch keinen anderen Mieter hat.

e) Da der Untermieter vom Vermieter nicht über die Verpflichtung des Mieters hinaus in Anspruch genommen werden kann, folgt logischerweise, daß dem Untermieter gegen die Geltendmachung des Anspruches auch alle die Einreden zustehen müssen, die dem Mieter gegeben sind.[4]) Damit nun eine solche Einrede — nach Stammler eine Einrede aus dem Rechte des Dritten[5]) — entstehen kann, ist erforderlich, daß ein Zusammenhang zwischen den mehreren Ansprüchen besteht, d. h. es müssen

---

[1]) Nissen S. 203 Anm. 5.

[2]) Oertmann S. 508 Anm. 1b.

[3]) Stammler a. a. O. S. 44.

[4]) Stammler a. a. O. S. 135: Denn die Verpflichtung des Dritten ist nur eine neben die Hauptpflicht tretende Schuld, die ihre Eigenschaften und Besonderheiten von jener, deren Erstreckung sie bloß bedeutet, ableiten muß. A. M. Wolf S. 162. Nach Rappaport a. a. O. muß sich der Vermieter, da die Einrede die Voraussetzungen seines Anspruchs bekämpft, natürlicherweise gefallen lassen, daß er aus den von ihm selbst aufgestellten Anspruchsvoraussetzungen bekämpft wird.

[5]) Nach Stammler a. a. O. ist eine solche Einrede dann gegeben, wenn von jemandem eine rechtsvernichtende oder -hemmende Tatsache gegen einen an sich begründeten Anspruch vorgebracht werden kann und nun eine Person diese dem Dritten zustehende Einrede benutzen will, um einen auf den gleichen Erfolg gerichteten Anspruch desselben Gläubigers zurückzuschlagen.

die verschiedenen Ansprüche auf einen und denselben Erfolg für das Vermögen des Gläubigers abzielen.

Der Dritte wird ferner auch die Einreden geltend machen können, die nach der Beendigung des Mietverhältnisses auf Grund von außerhalb des Mietvertrages liegenden Verhältnissen gegen den Rückgabeanspruch des Vermieters entstanden sind.[1])

Nicht dagegen kann sich der Untermieter darauf berufen, daß nach seinem Vertrage der Mieter noch zur weiteren Überlassung ihm gegenüber verpflichtet wäre, da es ja nur auf die Beendigung des ersten Mietverhältnisses ankommt. Muß er befürchten, daß dem Mieter vorzeitig auf Grund des § 554 gekündigt wird und somit auch für ihn die Rückgabepflicht entsteht, so kann er natürlich für den Mieter die Leistung nach § 267 bewirken und so die Kündigung vermeiden. Zur Annahme der Zahlung ist der Vermieter nur verpflichtet, wenn der Mieter ihr nicht widerspricht (§ 267 II).[2])

Dem Untermieter steht ferner auch ein Zurückbehaltungsrecht zu, natürlich nur, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt; denn nach § 556 II ist auch dem Mieter eines Grundstücks wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter kein Zurückbehaltungsrecht gegeben. Dieser Einschränkung ist das Recht des Untermieters ebenso unterworfen. Hat nun der Untermieter das Zurückbehaltungsrecht sowohl wegen seiner eigenen Verwendungen als auch wegen der des Mieters? Der Untermieter hat dann wegen eigener Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht, wenn er aus seinem Mietverhältnisse gegen den Mieter Ersatzansprüche hat und seine gemachten Verwendungen zugleich unter die des § 547 fallen, d. h. wenn der Dritte nach

---

[1]) Rappaport S. 221. A. M. ist Romeick S. 27 ff., der auf Grund seiner Konstruktion aus der „abgeleiteten Schuld“ dem Dritten nur die Einreden gibt, die dem Rückgabeanspruch gegenüber aus dem Vertrage hervorgehen.

[2]) Mittelstein S. 262; Rosin S. 80; Oertmann Erl. 3b zu § 556; letzterer jetzt entgegen seiner früheren Ansicht (1. Aufl.), in der er dieses Recht aus § 268 begründete. Der § 268 kommt aber nur zur Anwendung, wenn nach der Kündigung der Mieter dem Vermieter die Sache nicht herausgibt, dieser dann klagt und die Zwangsvollstreckung bewirkt.

dem Untermietvertrage Ersatz vom Mieter fordern darf.[1]) Der Umfang des Rechtes richtet sich jedoch immer nach dem Mietvertrage, da ja nach § 273 II nur zurückgehalten werden kann wegen eines Schuldbetrages, für den derjenige, der an sich zur Rückforderung des Gegenstandes berechtigt ist, einzustehen hat. Dieses Zurückbehaltungsrecht steht dem Dritten nicht zu, wenn er die Mietsache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (§ 273 II, 2); dem Untermieter im speziellen, in dem Falle auch nicht, wenn er, wissend, daß der Mieter zu der Gebrauchsüberlassung nicht befugt war, sich von ihm den Gebrauch hat einräumen lassen. Denn nach § 533 ist ein Gebrauch der Sache, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt, eine gegen ihn gerichtete unerlaubte Handlung im Sinne des § 823.

Soweit es sich um Verwendungen des Mieters nach § 556 II handelt, kann sich der Untermieter gemäß §§ 273 II u. 547 darauf berufen. Aus § 273 Abs. 1 kann der Dritte natürlich keine Einrede für sich herleiten, da ja zwischen ihm und dem Vermieter kein direktes Vertragsverhältnis besteht, aus dem ein fälliger Anspruch entstehen könnte. Ersteres ist ohne Zweifel entgegen der von Rosin[2]) vertretenen Meinung mit Rücksicht auf § 417 anzunehmen,[3]) ferner auch mit Rücksicht darauf, daß der Untermieter nicht schlechter als der Mieter dem Rückgabeanspruch gegenüber gestellt sein soll. Romeick und Nissen[4])

---

[1]) Oertmann a. a. O.; Romeick S. 32; Nissen S. 204; Planck a. a. O. gibt einen fälligen Anspruch des Dritten (§ 273 II) nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Mit Unrecht sagt Schubart S. 47: Der Untermieter könne nur scheinbar wegen eigener Verwendungen retinieren, er übe nicht sein, sondern des Mieters Retentionsrecht aus, weswegen auch der Vermieter das Retentionsrecht abwende, wenn er dem Mieter, nicht aber dem Untermieter Sicherheit leiste.

[2]) Rosin S. 80 Anm. 2 hält die Anwendung des § 417 nicht für möglich, weil die §§ 417 ff. von privater, nicht aber, wie hier der Fall, von kumulativer Schuldübernahme handelten.

[3]) Oertmann a. a. O.; Schubart S. 46; Stammler a. a. O.: Bei abgeleiteter Schuld habe der Nebenschuldner die Einreden aus der „Urschuld". Dies müsse, wenn überhaupt, auch von der Verwendungseinrede gelten. Ferner Crome Bd. 2 § 237 Note 46 und Schollmeyer S. 66.

[4]) Romeick a. a. O.; Nissen S. 204.

geben dem Untermieter wegen Verwendungen des Mieters überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht, während Planck[1]) es unter der Bedingung gibt, daß der Mieter dem Untermieter den ihm nach § 547 zustehenden Ersatzanspruch abgetreten hat.

f) Daß der Untermieter wegen der vom Mieter gemachten Verwendungen keinen klagbaren Anspruch gegen den Vermieter hat, bedarf kaum der Erwähnung. Anders ist es natürlich, wenn die vom Vermieter gestattete Gebrauchsüberlassung in der Art erfolgt ist, daß der Mieter dem Dritten seine Rechte abgetreten hat. Dagegen ist der Untermieter ebenso wie der Mieter berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, unter Tragung der Kosten der Instandsetzung (§ 257) nach § 547 Abs. 2 wegzunehmen. Ebenso kann er auch die Herausgabe dessen verweigern, was er nicht ex re, sondern ex negotiatione erlangt hat.[2])

Hat der Mieter dem Untermieter Sachen mit vermietet und will der Vermieter sie auf Grund eines Titels pfänden lassen, so bedarf er hierzu der Zustimmung des Untermieters, da dieser sie ja in Gewahrsam hat (§ 809 ZPO.). Erfolgt trotz dessen Widerspruchs die Pfändung, so stehen ihm die Rechte aus §§ 766, 771 ZPO. zu. Ebenso liegt auch der Fall, wenn der Vermieter versehentlich Sachen des Untermieters beim Mieter mitpfänden läßt. Hier finden außerdem noch die allgemeinen Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung nach §§ 812 ff. Anwendung.

Der Untermieter hat für den Fall, daß der Vermieter die Überlassung an ihn gestattet hat, durch die Übernahme der Räume ein auch gegen den Vermieter wirkendes Recht zum Gebrauch erlangt. Er kann deshalb, wenn der Vermieter ihm schuldhaft und rechtswidrig den Gebrauch der Sache stört, von ihm nach § 823 Schadensersatz verlangen.[3])

Gibt der Untermieter trotz Beendigung des Mietverhältnisses dem zurückfordernden Vermieter die Sache nicht zurück, so

---

[1]) Planck Anm. 3 b ε zu § 556.

[2]) Stammler a. a. O. S. 133.

[3]) Niendorff S. 235; Fränkel S. 36 und RG. in Gruchot Bd. 32 S. 699.

entsteht die Frage, ob der Vermieter im Wege der Selbsthilfe sich in den Besitz der Sache setzen kann entsprechend § 229. Dieses Recht steht ihm nicht zu, da sein Anspruch auf Rückgabe der Sache durch die bloße Verzögerung weder vereitelt noch wesentlich erschwert wird.[1])

Ebensowenig macht sich der Mieter des Hausfriedensbruches nach § 123 StGB. schuldig, wenn er, trotz der Aufforderung des Vermieters, nicht auszieht,[2]) da der Untermieter, solange er die Räume in unmittelbarem Besitze hat, Träger des Hausrechtes Dritten gegenüber ist. Dieses dem Untermieter gegen den Vermieter bis zum Ablaufe des Vertrages zustehende Recht wird auch infolge der durch den Ablauf begründeten obligatorischen Verbindlichkeit keineswegs geändert.

Hat der Vermieter einem Untermietvertrage, der über die Dauer des Mietverhältnisses abgeschlossen ist, seine Erlaubnis erteilt oder behält der Untermieter mit Einwilligung des Vermieters über die Dauer des Untermietvertrages die Sache, so tritt er mit dem Ablaufe des Mietvertrages zu dem Untermieter in ein direktes Vertragsverhältnis; von diesem Augenblicke an ist er verpflichtet, dem Untermieter den Gebrauch der Sache zu gewähren, und dieser hat an ihn den Mietzins zu zahlen.[3]) Ebenso ist auch anzunehmen, daß wenn bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrage an Stelle des Mieters ein Untermieter eingetreten ist und er nun über die nächste Kündigungsfrist den Gebrauch der Sache mit der Zustimmung des Vermieters fortsetzt, der Mieter aus dem Mietverhältnisse ausscheidet und an seine Stelle der Untermieter eintritt (§ 414).[4]) Der Rückgabeanspruch des § 556 III unterliegt der ordentlichen Verjährung nach § 195, während für die gegenseitigen Ersatzansprüche die kurze Frist von sechs Monaten nach § 558 gilt.

g) Für die Klage des Vermieters aus § 556 III, der ja ein

---

[1]) RG. in JurW. 1904 S. 17 unter 18.

[2]) Dernburg S. 196; Leske Bd. 1 S. 36 a. E.; RG. in Strafs. Bd. 36 S. 322.

[3]) Rosin S. 52; Mittelstein S. 263; Borcherdt S. 97; Fuld S. 111; Fränkel S. 37; Kober Erl. IX, 4 zu § 549.

[4]) Arnold, Wohnungsmiete S. 101.

Anspruch aus dem Mietvertrage zugrunde liegt, ist dementsprechend auch das Amtsgericht sachlich zuständig (GVG. § 23 Ziff. 2).[1]) Es fragt sich nun, wie der Vermieter die Klage anzustellen hat, um am sichersten seinen Zweck zu erreichen. Da Mieter und Untermieter ihm als Gesamtschuldner haften, ist es an und für sich in sein Belieben gestellt, wen er verklagen will, ob den einen oder den anderen oder beide zugleich. Falsch ist hiernach die Ansicht, die in einem Urteile des Landgerichts Berlin I v. 10. 7. 1901 ausgesprochen ist, daß nämlich der Vermieter gegen den Untermieter nur dann mitklagen könne, wenn dieser eine Anfrage, ob er das gegen den Mieter ergehende Urteil anerkennen würde, überhaupt nicht oder verneinend beantwortet hat. Denn der Untermieter gibt schon dadurch, daß er nach Beendigung des Mietverhältnisses noch wohnen bleibt, dem Vermieter Grund zur Klage. Der Untermieter kann in dem gegen ihn gerichteten Prozesse nicht geltend machen, daß sein Mietverhältnis noch bestehe, da sein Recht ja von dem des Mieters abhängig ist.[2]) Dagegen kann er natürlich alle dem Mieter zustehenden Einwendungen vorbringen. Die allgemeine Voraussetzung der Räumungsklage ist immer, daß der Beklagte zur Zeit der Zustellung der Klage noch in der Lage ist, die Sache zurückgeben zu können. Wenn auch nach der Beendigung des Mietverhältnisses der Untermieter die Sache noch allein in Besitz hat, so ist der Vermieter doch berechtigt, neben dem Untermieter auch den Mieter auf Räumung zu verklagen. Denn der Mieter ist, solange noch ein von ihm berechtigter Dritter die Mietsache inne hat, seiner Räumungspflicht nicht nachgekommen.

Zweckmäßig wird der Vermieter immer gegen beide die Klage richten.

Klagt der Vermieter nur gegen den Untermieter, so wird sich sehr oft der Mieter als Nebenintervenient beteiligen (§ 66 ZPO.). Dagegen steht dem verklagten Untermieter nicht das

---

[1]) Die Prot. Bd. 2 S. 103 begründen die Zuständigkeit der Amtsgerichte auch für die Streitigkeiten des Vermieters mit dem Untermieter damit, daß für diese Prozesse ebenso wie bei anderen Mietstreitigkeiten das Bedürfnis schleuniger Erledigung besteht.

[2]) Prot. Bd. 2 S. 190ff.

Recht aus § 76 ZPO. zu; er kann sich also nicht durch die sogen. laudatio auctoris von der Klage entbinden lassen, da er nicht als Besitzer, sondern auf Grund des § 556 III verklagt ist.[1]) Wollte man ihm dieses Recht geben, so würde der ganze Zweck des § 556 III hinfällig sein, der doch gerade unter Ausscheidung des Mieters dem Vermieter den direkten Anspruch gegen den Untermieter geben will. Durch die im § 76 ZPO. festgesetzte Befugnis würde aber der Herausgabeanspruch des Vermieters nur erschwert werden.

Das gegen den Mieter ergangene Räumungsurteil ist gegen den Untermieter nicht vollstreckbar. Denn die in § 325 I ZPO. ausgesprochene Rechtskrafterstreckung gegen die Personen, die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der „in Streit befangenen Sache“ [2]) in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Personen oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist, wirkt gegen den Untermieter nicht. Einmal nämlich machen Ansprüche auf Herausgabe auf Grund eines Schuldverhältnisses die Sache nicht zu einer „in Streit befangenen“,[3]) und dann liegt auch keine Rechtsnachfolge,[4]) sondern höchstens

---

[1]) RG. Bd. 32 S. 31; Romeick S. 33. Dagegen spricht Schubart S. 48, 49 ihm die Befugnis aus § 76 zu. Auch Hellwigs Meinung (Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft) S. 28 führt zu demselben Resultat, da er den Herausgabeanspruch als Vindikation ansieht, Mieter also als Besitzer verklagt wäre.

[2]) Nach Warnatsch S. 6ff. ist „Streitbefangenheit“ der Zustand der Sache, der dadurch eintritt, daß dieselbe in den Rechtsstreit gezogen und von dessen Wirkung ergriffen wird. Dies ist der Fall bei allen dinglichen, nicht aber persönlichen Klagen.

[3]) Planck a. a. O. Erl. d; Romeick S. 71; Petersen-Anger Anm. 3 zu § 265; Schultze S. 88 Anm. 17. A. M. Gaupp-Stein S. 565, 566 und Zimmermann in Gruchot 1884 S. 810ff., die eine Sache auch dann als „in Streit befangen“ ansehen, wenn sie den Gegenstand einer Besitzklage bildet.

[4]) Neumann Bd. 2 S. 256 u. 129 ist zwar der Ansicht, daß im Falle des § 556 III eine Rechtsnachfolge vorliege. Aber zu Unrecht, wie schon oben bemerkt.

eine kumulative Schuldübernahme vor.[1]) Infolgedessen kann auch eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Untermieter nach § 727 ZPO. nicht gegeben werden.[2]) Im Gegensatz zu unserer Ansicht geben eine große Anzahl Schriftsteller dem Urteil gegen den Mieter auch gegen den Untermieter Rechtskraft nach § 325 ZPO., und zwar dann, wenn der Untermieter erst nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit den Besitz der Sache erlangt hat.[3])

Unter der Annahme des dinglichen Charakters der Klage läßt Hellwig[4]) ein zuungunsten des Mieters ergangenes Urteil auch gegen den Untermieter wirken, zu Unrecht; wohl aber würde sich der Untermieter auf ein dem Mieter günstiges Urteil berufen können, da ja die Schuld des Mieters mit eine Voraussetzung der Schuld des Untermieters bildet.

Ist der Untermieter zur Räumung der Wohnung verurteilt worden, so kann er nach § 721 ZPO. eine angemessene Frist zur Räumung verlangen. Für diese Räumungspflicht gelten auch die Grundsätze von Treu und Glauben, ebenso wie für die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 709, 1, d.h. das Gericht hat nicht einfach dem eingegangenen Antrage des Gläubigers stattzugeben, sondern es muß die beiderseitigen Interessen gleichmäßig berücksichtigen.[5]) Nach Art. 93 EG. z. BGB. sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fristen, bis zu deren Ablaufe gemietete Räume nach Beendigung des Mietverhältnisses geräumt werden müssen, aufrechterhalten. Im Umfange des § 257 ZPO. kann der Vermieter auch schon vor der Beendigung des Mietverhältnisses auf Räumung klagen.

Der § 193 BGB. findet Anwendung. Alle Streitigkeiten

---

[1]) Schollmeyer S. 67; Goldmann-Lilienthal § 156 Anm. 22; Planck Anm. 3b a. E.; Meisner § 156 Anm. 2; Romeick S. 27 und OLG. Rostock in Rechtspr. Bd. 2 S. 35.

[2]) OLG. Königsberg in Seuffert Bd. 58 S. 173.

[3]) Oertmann a. a. O. Anm. 5; Kober Anm. 5; Niendorff S. 224; Kohler Bd. 2 Teil 1 S. 309, trotzdem er den Anspruch für obligatorisch hält; Leske Erl. V Anm. 5 zu § 556; Crome Bd. 2 § 237 Anm. 47; Arnold S. 102; Borcherdt S. 98; Brückner S. 101; Fuld S. 109; Hellwig, Verträge usw. a. a. O. und Rosin S. 77.

[4]) Hellwig, Wesen usw. S. 29.

[5]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 44.

zwischen dem Vermieter und Untermieter, soweit sie unter § 202 Ziff. 4 GVG. fallen, sind Feriensachen.

h) Beim Konkurs des Mieters unterliegen die eingebrachten Sachen des Untermieters keinesfalls dem Absonderungsrechte des Vermieters, da sie überhaupt nicht zur Konkursmasse[1]) gehören. Dagegen fällt der Mietzinsanspruch gegen den Untermieter zwar in die Konkursmasse,[2]) aber ein Absonderungsrecht hat der Vermieter auch an ihm nicht entsprechend dem klaren Wortlaute des § 49 Ziff. 2 KO. Denn diese Bestimmung gibt ihm ein solches Recht nur an den eingebrachten Sachen des Mieters; unter Sachen sind nach § 90 BGB. nur körperliche Gegenstände zu verstehen.

§ 4.

a) Abgesehen von diesen hauptsächlichen, auf dem Mietvertrage beruhenden, rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter bestehen zwischen ihnen noch weitere, außervertragliche.

1. Sofern der Vermieter auch der Eigentümer der vermieteten Sache ist, stehen ihm auch die allgemeinen Ansprüche aus dem Eigentum zu. Dem Eigentümer gleich wird der Nießbraucher nach § 1065 behandelt.

Der Eigentümer hat in erster Linie die Klage aus §§ 985, 986 auf Herausgabe, und zwar ist er zur sofortigen Entsetzung des besitzenden Untermieters befugt, wenn er die Untermiete nicht gestattet hat[3]) oder sie vor Beendigung des Mietverhältnisses abgelaufen ist. Denn er kann die Herausgabe an den mittelbaren Besitzer,[4]) den Mieter, verlangen und, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich

---

[1]) Petersen-Kleinfeller S. 217; v. Wilmowski S. 230 Anm. 12; RG. Bd. 13 Nr. 15.

[2]) KO. § 1.

[3]) Stammler S. 129: weil gerade der für den mittelbaren Besitzer begründete Einwand darin seinen Inhalt hat, daß das Behalten auf des letzteren Person beschränkt ist.

[4]) Gegen einen bloßen Besitzdiener ist die Klage nicht zulässig (Kober Erl. II, 2 zu § 985).

selbst. Sobald das Mietverhältnis beendet ist, kann sich der Untermieter dieser Klage gegenüber nicht auf eine ihm vom Mieter zugesicherte längere Vertragsdauer berufen, da ja der Mieter jetzt nicht mehr als mittelbarer Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Gegen die Klage aus §§ 985, 986 kann der Untermieter nur einwenden, daß der Mieter ihm befugt die Sache überlassen hat. Die hauptsächlichste Einrede des Untermieters ist das Zurückbehaltungsrecht des mittelbaren Besitzers nach § 1000.

Die Klage verlangt nicht eine besondere verletzende Handlung, namentlich nicht, daß der Untermieter die Herausgabe verweigert hat. Die Verweigerung der Herausgabe hat, abgesehen davon, daß sie Grund für den Verzugseintritt ist, nur in prozessualer Hinsicht nach § 93 ZPO. für die Auferlegung der Kosten Bedeutung.

Die Herausgabe der Sache nach § 985 besteht nicht nur in einem bloßen Wegnehmenlassen der Sache durch den Eigentümer, sondern sie verpflichtet den Besitzer, mitzuwirken, daß der Eigentümer wieder in den Besitz seiner Sache gelangt; Grundstücke sind besitzfrei zu machen.[1]) Die Klage ist für den Eigentümer besonders dann geeignet, wenn er, ohne das Mietverhältnis beenden zu wollen, nur einen von ihm nicht genehmigten Untermieter entfernen will. Er kann die Klage nach der Beendigung des Mietverhältnisses sowohl gegen den Mieter als den Untermieter richten. Wenn er nur gegen den Mieter ein verurteilendes Erkenntnis erlangt hat, so kann er es auch gegen den Untermieter, der erst nach der Rechtshängigkeit die Innehabung der Sache bekommen hat, vollstrecken lassen, da die Geltendmachung des dinglichen Rechtes die Sache zu einer „in Streit befangenen" macht (§§ 325, 727 ZPO.). Umgekehrt kann sich auch der Untermieter, dem ja alle Einwendungen seines mittelbaren Besitzers gegen den Eigentümer zustehen, auf ein in diesem Prozesse zugunsten des Mieters ergehendes Urteil berufen.

Die Ansprüche aus §§ 985, 986 verjähren in dreißig Jahren

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 27, 28.

(§ 195), für Grundstücke kommen die besonderen Vorschriften des § 902 in Betracht.

Die Zuständigkeit der Amtsgerichte nach § 23 Ziff. 2 GVG. besteht für diese Klage nicht, sondern es finden die allgemeinen Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte, § 23 Ziff. 1, §§ 24, 70 GVG., Anwendung. Wegen etwaiger Störungen seines Besitzes durch den Untermieter kann der Eigentümer nach § 1004 auf Beseitigung klagen, und sofern weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung. Neben der Klage aus § 985 und § 1004 hat der Eigentümer noch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Beschädigungen, sofern eine unerlaubte Handlung seitens des Untermieters vorliegt. Gegen diese Klage kann sich der Untermieter auf das Mietverhältnis nur insofern berufen, daß eine durch den Vertrag erlaubte Handlung begangen ist. Der Anspruch aus § 823 wird durch den § 992 insofern eingeengt, als das Besitzrecht die Widerrechtlichkeit ausschließt.[1])

2. Es ist nun auch sehr wohl möglich, daß der Untermieter nach Eingehung seines Vertrages das Eigentum an der ihm vermieteten Sache erlangt. Das Reichsgericht[2]) hat sich einmal dahin ausgesprochen, in einem solchen Falle erlösche der Mietvertrag mit sämtlichen Rechten und Pflichten, da diese sich auf Grund des eingetretenen Eigentums in einer Person vereinigten. Diesen Grundsatz wird man unserer Meinung insofern einschränken müssen, daß der Vertrag so lange bestehen bleibt, bis der Untermieter von seinem Eigentum Kenntnis erlangt; denn bis zu diesem Augenblicke hätte er ohne den Vertrag den Gebrauch der Sache nicht erlangt, ferner aber auch so lange, als der Vermieter, abgesehen vom Mietverhältnis, irgendein Besitzrecht an der Sache hat. Entsprechend liegt der Fall, wenn der Untermieter ein sonstiges Besitzrecht außer dem Eigentum an der Sache erwirbt. Auf Grund seines Eigentums kann der Untermieter gegen den seinen Herausgabeanspruch nach § 556 III geltend machenden Vermieter seinen Anspruch nach § 387 aufrechnen. Denn die Aufrechnung verlangt nur

---

[1]) Wolf S. 174.

[2]) RG. in JurW. 1901 S. 731 Nr. 29.

Gleichartigkeit der Leistungen hinsichtlich des Gegenstandes, nicht aber hinsichtlich des Rechtsgrundes.[1]) Daß auch dingliche Ansprüche persönlichen gegenüber aufgerechnet werden können, ist außer Frage.[2])

b) 1. Als unmittelbarer Besitzer nach § 854 genießt der Untermieter den vollen Besitzschutz gegen jeden Dritten.[3]) Dieser besteht einmal im Selbstschutz und dann im Gerichtsschutz. Der unmittelbare Besitzer hat das Recht der Selbsthilfe und der Selbstverteidigung gegen jeden, der durch verbotene Eigenmacht nach § 858[4]) in seinen Besitz eingreift (§ 859). Der Vermieter und der Mieter sind nach §§ 868, 871 mittelbare Besitzer. Ob nun bei einem Eingriff seitens des Vermieters verbotene Eigenmacht vorliegt, ist nach den auf dem Mietvertrage beruhenden Rechten und Pflichten zu beurteilen.

Als Besitzklagen kommen für den Untermieter in Betracht: die Besitzentziehungsklage (§ 861), die Besitzstörungsklage (§ 862) und der Abholungsanspruch (§ 867); ferner bei beweglichen Sachen noch eine petitorische Klage, die Klage aus dem früheren Besitze (§ 1007).

Den Besitzschutzansprüchen kann der Vermieter nach § 863 Einwendungen aus einem gegen den Untermieter gerichteten Rechte zum Besitze oder zur Vornahme der Störung geltend machen, wenn vor oder nach Verübung der verbotenen Eigenmacht eine rechtskräftige Feststellung dieses Rechtes erfolgt ist (§ 864 II). Dem eigenen Rechte steht auch ein solches gleich, das Beklagter gegen einen Dritten hat, der dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist.[5]) Der Untermieter genießt den

---

[1]) Crome Bd. 2 § 191 Anm. 2, Bd. 1 § 35 Anm. 9; Fischer-Henle Anm. 3 zu § 387. A. M. Schollmeyer, der den Klaggrund vermißt. Ferner Oertmann Erl. 3 Anm. α. Planck Anm. 3 bε a. E. gibt dem Untermieter nur nach § 226 eine Einrede aus seinem dinglichen Rechte; ebenso Wolf S. 122.

[2]) z. B. Fischer-Henle Erl. 3 zu § 387.

[3]) Dieser Besitzschutz kann ihm auch nicht durch vertragsmäßigen Verzicht entzogen werden! Planck S. 445; Endemann S. 1048 Anm. 4.

[4]) Die Entziehung oder Störung darf nicht durch Gesetz gestattet sein, z. B. wenn gleichzeitig ein Recht zum Besitz besteht.

[5]) Wolf S. 173.

Besitzschutz nur, solange er sich in unmittelbarem Besitze der Sache befindet; mit dessen Verlust sind auch seine Besitzansprüche erloschen. Die Klage aus § 861 kann sich nur gegen den richten, der wirklich besitzt. Wer zwar als Besitzer dem Kläger den Besitz entzogen, diesen aber nachher verloren hat, kann nicht belangt werden.

Die Besitzklagen wie auch die Eigentumsklagen gehen nicht auf Schadensersatz, wohl aber kann mit ihnen die Klage aus §§ 823 ff. auf Schadensersatz verbunden werden.[1])

2. Dem mittelbaren Besitzer — Vermieter — steht der Selbstschutz, abgesehen von dem allgemeinen Selbsthilferecht der §§ 227—229, überhaupt nicht zu.[2]) Die Besitzschutzklagen hat er in beschränktem Maße.

Gegen den unmittelbaren Besitzer sind sie ihm versagt, nicht dagegen gegen Dritte entsprechend § 869.[3])

Die Besitzstörungsklage des § 862 und die Klage aus § 1007 steht gegen Dritte dem mittelbaren Besitzer in dem gleichen Umfange zu wie dem unmittelbaren. Bei Besitzentziehung nach § 861 kann er grundsätzlich nur die Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren Besitzer verlangen, erst wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst (§ 869).[4]) Analog ist auch der Abholungsanspruch aus § 867 geregelt.

Die Klagen stehen dem mittelbaren Besitzer nur dann zu, wenn wirklich verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer verübt, d. h. wenn gegen dessen Willen in seinen Besitz eingegriffen wurde. Nach der Entstehung seines possessorischen Anspruches kommt es für den mittelbaren Besitzer auf das Verhalten des unmittelbaren Besitzers nicht mehr an. Insoweit sich

---

[1]) A. M. Josef im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15 S. 288, 290.

[2]) Kober Erl. 1 zu § 869; Biermann Erl. 1 zu § 859; dagegen Fischer-Henle Anm. 7 zu § 869.

[3]) Strohal in Jahrb. f. Dogm. Bd. 38 S. 121.

[4]) A. M. Kohler S. 14: Da der unmittelbare Besitzer gegen den mittelbaren (Mieter) Besitzer besitzt und auch dessen Besitzverhältnisse mit übernehmen muß, also auch die sich hieraus ergebende Pflicht zur Rückerstattung, kann Vermieter auch aus dem Besitz vom Untermieter Rückgabe verlangen.

der mittelbare Besitzer etwa in einzelnen Beziehungen selbständigen Besitz gewahrt hat, z. B. die Mitbenutzung einzelner Wohnräume, genießt er natürlich auch den vollen Besitzschutz des unmittelbaren Besitzers.[1]) Sowohl für den unmittelbaren wie für den mittelbaren Besitzer einer beweglichen Sache gilt die Eigentumsvermutung des § 1006.[2])

c) In prozessualer Hinsicht ist zu den Besitzklagen zu bemerken, daß der verklagte unmittelbare Besitzer das Recht der laudatio auctoris aus § 76 ZPO. hat, und daß ferner die §§ 325, 717 ZPO. Anwendung finden.

Soweit nun bei den Eigentumsansprüchen die Vindikation nicht tunlich ist oder es sich bei den Besitzansprüchen um Beeinträchtigungen handelt, die nur in wörtlichen oder mündlichen Angriffen bestehen, kann noch die Feststellungsklage nach § 256 ZPO. erhoben werden.

---

[1]) Denkschr. S. 115.

[2]) Kober Erl. VIII zu § 868; Fischer-Henle Erl. 1 zu § 1006. A. M. Endemann S. 1041 Anm. 14, der die Eigentumsvermutung nur für den Eigenbesitzer, nicht auch für den Nutzbesitzer gelten läßt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.